



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for utbygging og omlegging av en riksvei. Klagenemnda fant at valgte leverandør skulle vært avvist, og antok at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse for klager kunne være oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 17. september 2007 i sak 2007/78

Klager: Arbeidsfellesskapet Huser Entreprenør AS og Valdres Anlegg AS ved Valdres Anlegg AS

Innklaget: Statens vegvesen Region øst

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør. Erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region øst (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. februar 2007 en åpen anbudskonkurranse for utbygging/omlegging av ny riksvei 255 mellom Jørstad og Follebu sør og mellom Follebu Nord og Segelstad bru.
- (2) Ifølge konkurransegrunnlagets kapittel D1 punkt 1 var kontrakten risikomessig klassifisert i kvalifikasjonskategori C, det vil si høyeste risikoklasse. Tildeling av kontrakt skulle ifølge punkt 3 skje på basis av lavest pris.
- (3) I grunnlagets kapittel F punkt F1 til F8 var det oppstilt en rekke kvalifikasjonskrav, i grunnlaget kalt "egnethetskriterier". Tilbydere som ikke tilfredsstilte disse ville bli avvist, jf kapittel F side F 1. Videre fremgikk det følgende:

"1. Opplysningene blir skjønnsmessig vurdert. Byggherren vil også legge vekt på opplysninger som innhentes ved interne evalueringer.

2. Alle enkeltvurderinger som gir resultatet 0 poeng, vil medføre at tilbudet avvises.

3. Det gjøres en samlet vurdering av opplysningene i dette kapittel, og det beregnes en gjennomsnittsverdi for poenggivningen. Dersom denne gjennomsnittsverdien er større eller lik 2,25 vurderes tilbyder som egnet. I motsatt fall, hvor gjennomsnittsverdien er mindre enn 2,25 vurderes tilbyderen som uegnet, og avvises.

Retningslinjer og veiledning for skjønnsutøvelsen ved vurdering av kvalifikasjoner etter dette kapittel er gitt i rundskriv."

- (4) På side F5 fremgikk det følgende under punktet om vurdering og poenggivning for de enkelte kriterier:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (5) ”Dersom tilbyder får 0 poeng på ett kriterium skal tilbyderen avvises som uegnet. Dette gjelder også enkeltkriterium der det beregnes gjennomsnitt, F3 og F4. Dette betyr at 0 poeng skal gis kun der en vurderer kriteriet så dårlig oppfylt at dette er uakseptabelt, og tilbyder er uegnet.”

- (6) I punkt F5 fremgikk det følgende:

”F5 Omsetning

Det skal gis opplysninger om tilbyders totale omsetning og omsetning i forbindelse med relevante arbeider for hvert av de tre siste regnskapsårene. Med relevante arbeider menes innen aktuelle hovedarbeidsgrupper som anlegg, elektro, elektrotekniske styringssystemer mm. Anleggsarbeid kan gjerne underspesifiseres grovt, f. eks bru, tunnel. Asfalt mm.

Dette skjema skal fylles ut selv om tilbyder velger å legge ved årsberetning eller regnskap ved tilbudet.

Beløp i mill. kroner

År	Firmato talt	Anlegg ”			

- (7) I punkt F7 fremgikk det følgende:

”F7 Egenkapital. Soliditet

Som mål på tilbyders soliditet, også i forhold til prosjektrisiko, benyttes egenkapital i regnskapsmessig betydning av uttrykket. Nødvendig egenkapital vil bli vurdert i forhold til firmaomsetning, prosjektrisiko og betydning i forhold til prosjektgjennomføring forøvrig.

Egenkapital tas fra siste revisorbekreftede regnskap. Det tas ikke med egenkapital i konsern-, mor- eller datterselskaper. Dersom det er vesentlige endringer i firmaets likviditet eller egenkapital ved tilbudsfrist, skal det opplyses om dette.

Egenkapital pr. dato	kroner
Totalkapital pr. dato	Kroner”

- (8) I håndbok 066 kapittel F: Vurdering av tilbyderes kvalifikasjoner side 1, utgitt som NA-Rundskriv 05/5, fremgår det følgende om hvordan kvalifikasjonsvurderingene skulle foretas:

“Praktisering av kvalifikasjonsvurdering

Kvalifikasjonsvurdering etter dette rundskriv er den formelle vurdering av egnethet, jf Forskrift om offentlige anskaffelser §§ 5-5 og 12-5.”

- (9) Videre fremgår det på side 2 at det ikke skal skilles mellom tilbydere som er mer eller mindre egnet, men kun mellom egnet og ikke egnet; *”Enten tilfredsstiller tilbyder egnethetskravene og er egnet, eller så gjør han det ikke, og er følgelig ikke egnet, og skal avvises.”* På side 5 er det uttalt at: *”De økonomiske og regnskapsmessige vurderingene skal baseres på revisorbekreftede regnskap, med de suppleringer som er omtalt.”* I tillegg fremgår det at: *”0 poeng skal gis kun der en vurderer kriteriet så dårlig oppfylt at dette er uakseptabelt, og tilbyder er uegnet.”*
- (10) Om vurderingen av kvalifikasjonskrav F5 fremgikk det følgende:

”F5 Tilbyders omsetning

Omsetningen kan brukes som et uttrykk for en virksomhets størrelse, og dermed evne til å håndtere kontrakter administrativt/økonomisk.

Det gjøres en enkel vurdering av den gjennomsnittlige årlige omsetning den aktuelle kontrakt vil representere (12 ganger prosjektets gjennomsnittlige omsetning pr. måned) i forhold til tilbyders gjennomsnittlige årsomsetning de siste årene. Slik omregning gjøres bare for kontrakter med varighet ut over ett år.

Følgende formel benyttes:

$$c = c1 / c2$$

der

c1 er gjennomsnittlige årsomsetning de siste årene

c2 er gjennomsnittlige årlige omsetning for den aktuelle kontrakt

Det gis poeng etter følgende skala – Poengskala for omsetningsstørrelse:

<i>c</i>	<i>Kval.kategori A</i>	<i>Kval.kategori B</i>	<i>Kval.kategori C</i>
<i>>7</i>	<i>4</i>	<i>4</i>	<i>4</i>
<i>5-7</i>	<i>4</i>	<i>4</i>	<i>3</i>
<i>3-5</i>	<i>4</i>	<i>3</i>	<i>2</i>
<i>1-3</i>	<i>3</i>	<i>2</i>	<i>1</i>
<i><1</i>	<i>2</i>	<i>1</i>	<i>0</i>

Ved poenggivning skal det også tas hensyn til følgende forhold:

- Utviklingen i tilbyders omsetning vurderes. Tilbyder avvises hvis utviklingen i firmaets omsetning vurderes å være så dårlig at det er stor grunn til å anta at tilbyder ikke kan klare å utføre arbeidene.*

- Sesongbetonte arbeider, som f.eks. asfalt, grøntanlegg osv, bør ikke vurderes som helårsarbeid, men som omsetning over en realistisk periode, for eksempel 6 måneder.
- Inneholder tilbudssummen uvanlig stor del innkjøpte materialer, skal det tas hensyn til dette i vurderingen.
- Det er viktig at tilbyder har oppgitt omsetning for underspesifiserte arbeider som inngår i konkurransegrunnlaget, som f.eks. veg, bru, tunnel, asfalt mm. Er hovedtyngden av arbeidene et slikt underspesifisert arbeid, bør dette vektlegges spesielt ved vurderingen.
- For å ta hensyn til ulik byggetid, beregnes "tilbudets årsumsetning" ($=c1$), som er 12 ganger prosjektets gjennomsnittlige omsetning pr. måned. For kontrakter som har varighet kortere enn ett år regnes "tilbudets årsumsetning" lik tilbudssummen."

(11) Om vurderingen av kvalifikasjonskrav F7 fremgikk det følgende:

"F7 Egenkapital. Soliditet

Soliditet er et uttrykk for evne til å tåle tap, og blir en indikasjon på gjennomføringssikkerhet. I denne sammenheng betraktes soliditet i vanlig regnskapsmessig forstand, som forholdet mellom egenkapital og totalkapital (sum av egenkapital og gjeld).

Følgende formel benyttes:

$$e = e1/e2 \times 100 \%$$

der

$e1$ er egenkapital

$e2$ er totalkapital

Det gis poeng etter følgende skala – Poengskala for soliditet:

e	Kval.kategori A	Kval.kategori B	Kval.kategori C
>35	4	4	4
25-35	4	4	3
15-25	4	3	2
5-15	3	2	1
<5	2	1	0

Det skal tas hensyn til dokumenterte opplysninger om eventuelle vesentlige endringer i firmaets egenkapital i forhold til siste revisorbekreftede regnskap.

For kvalifikasjonskategori B og C skal tilbyders egenkapital være minst 5 % av tilbudssummen. Tilbydere som ikke oppfyller dette kravet kan bli avvist."

(12) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede syv tilbud, deriblant fra Arbeidsfellesskapet Huser Entreprenør AS og Valdres Anlegg AS (heretter kalt klager) og Anlegg Øst AS. Klagers pristilbud var på kr 161.449.166,- ekskl mva og var nest rimeligst, mens Anlegg Øst AS hadde det rimeligste tilbudet på kr 133.873.212,- ekskl mva.

- (13) I Anlegg Øst AS' tilbudsskjema var rubrikken for krav F5 fylt ut på følgende måte:

Beløp i mill. kroner

År	Firmatotalt	Anlegg''			
2006	66	66	Se vedlagte	brev av	23/4.07.
2005	35	35			
2004	19	19			

- (14) Fra det vedlagte brevet av 23. april 2007 hitsettes følgende:

”Det vises til F5 Omsetning og til kriterier for tildeling av anbudet der det er vilkår om omsetning. Det fremkommer at de 3 siste års omsetninger legges til grunn. På grunn av den utvikling som har vært i selskapet de siste år er det viktig, sett fra denne side, med visse tilleggsopplysninger.

Forholdet for Anlegg øst AS er at det frem til og med 2003 var et firma som i det vesentlige påtok seg mindre gravearbeider. Etter nyttår 2003 kom undertegnede inn som daglig leder og ble samtidig medaksjonær i selskapet. Undertegnede kom fra stilling som anleggsleder/ prosjektleder i Veidekke Entreprenør AS og hadde i det alt vesentlige vært leder for store oppdrag. Tiden for Veidekke jobbet jeg som formann / anleggsleder i firmaet PA Entreprenør i Oslo som i all hovedsak hadde større og mindre oppdrag for Statens Vegevesen. (se vedlagte CV). Fra jeg trådte inn i firmaet har firmaet konsentrert seg om større anleggsoppdrag.

Omsetningen i Anlegg øst AS er fortsatt stigende. Man vil i de 4 første månedene i 2007 ha omsatt for ca kr 27 millioner. Ordreservens for 2007 var ved nyttår på kr 42 millioner. Det forventes en omsetning i 2007 på ca kr 100 millioner.

Vi har i takt med omsetning ansatt flere timelønne og funksjonærer. Vi har nå 3 anleggsledere og 1 prosjektleder, samt nødvendig kontorfunksjonærer. Alle kommer fra større norske entreprenørfirmaer med bred erfaring og kompetanse. (Se vedlagte CV)

Vi mener Anlegg øst AS er godt rigget for det oppdraget som her legges ut til anbud. Selskapet vil til enhver tid ha tilstrekkelig med maskiner og teknisk kompetanse til å utføre oppdraget.”

- (15) Det var i tillegg vedlagt en telefaks fra Sparebank1 Gudbrandsdal hvor det ble bekreftet at selskapet per 3. april 2007 hadde en disponibel likviditet på 5,9 mill på selskapets driftskonto i banken.

- (16) Rubrikken for krav F7 var fylt ut slik:

<i>”Egenkapital pr. dato 31.12.06</i>	<i>Kroner 4 655 105,-</i>
<i>Totalkapital pr. dato 31.12.06</i>	<i>Kroner 41 187 230,-”</i>

- (17) I anskaffelsesprotokollen punkt 11 fremgikk det at kvalifikasjonsvurderingen av Anlegg Øst AS var dokumentert i et eget vedlegg. I dette vedlegget fremgår det følgende:

”I vurderingen av F5 skal gjennomsnitt årsomsetning de tre siste år ses i forhold til kontraktens gjennomsnittlige omsetning pr år. For Anlegg øst ender dette med et forholdstall på 0,7, noe som i utgangspunktet medfører karakteren 0 og avvisning. Når prosjektet velger å gi Anlegg øst karakteren 1 skyldes det at “utviklingen i tilbyders omsetning...” skal tas hensyn til, jf NA-rundskriv 05/5 side 9. Selv om rundskrivet kun angir negativ utvikling, er det logisk at også positiv utvikling vektlegges. Følgende forhold har dannet grunnlaget for å gi Anlegg øst karakteren 1:

- *Virksomheten har pr 2006 en omsetning på 66 mill kroner, noe som i seg selv er godt nok til karakteren 1.*
- *Utviklingen i 2007 viser en ytterligere omsetningsøkning. Det vises her til tilbudets vedlegg 13. Men den kraftige omsetningsveksten (i prosent) ser ut til å dempes noe i 2007. Selv om virksomheten får denne entreprisen, så vil sannsynligvis ikke omsetningen for 2007 overstige 100 mill.*
- *Selv etter den kraftige veksten fra 2004 på 19 mill til 2006 på 66 mill, oppnår likevel virksomheten et resultat før skatt på 5,5 mill. Dette gir en resultatgrad på 8,3 % noe som er et godt resultat i denne bransjen. Prosjektet ser det som en styrke at firmaet har klart å holde sterkt fokus på inntjening selv i en periode med kraftig omsetningsøkning. Dette er ofte et problem for mange virksomheter i vekst.*
- *Sterk omsetningsøkning må ses i sammenheng med store investeringer. En viktig vurdering er hvordan investeringene er finansiert. Investeringene bør helst gjøres ved hjelp av egenkapital eller langsiktige lån. Store kortsiktige lån kan medføre likviditetsproblemer og i verste fall konkurs, Anlegg øst har hatt en kraftig økning i balansen og det meste av økningen er finansiert ved opptak av lån, Men en stor del av gjelden (16, 5 mill) forfaller senere enn 5 år. Når det gjelder den kortsiktige gjelden (18,3 mill), så dekkes denne opp av virksomhetens omløpsmidler på til sammen 19,4 mill. Dermed ser det ikke ut til å være noen fare for likviditetsproblemer.*
- *Skal NA-rundskrivets krav (dvs siste tre års omsetning) alltid legges til grunn vil det ikke være mulig for mindre selskaper i sterk vekst å delta i Vegvesenets mellomstore oppdrag.*

F7. Krav til egenkapital i forhold til tilbudssum

Med utgangspunkt i regnskapene for 2006 er forholdstallet mellom egenkapital og tilbudssum 3,5 %. Pr 13. feb 2007 er virksomhetens egenkapital økt med vel 770 000,- og ny egenkapital er 5,43 mill kroner. Dette gir et forholdstall på vel 4 %.

NA-rundskrivet legger til grunn at forholdstallet skal være 5 %, men legger ikke til grunn automatisk avvisning dersom tilbyder ikke oppfyller krav, jf NA-rundskrivets formulering “kan bli avvist”.

Selv om 5-prosentskravet ikke oppfylles mener prosjektet at gode grunner taler for å ikke avvise virksomheten:

- Sterk omsetningsøkning med dertil gode resultater. Overskuddet er holdt tilbake i virksomheten.
- Fornuftig fordeling mellom lang- og kortsiktig gjeld
- Vilje fra selskapets aksjonærer til å satse på selskapet ved å tilføre selskapets mer egenkapital
- Skal NA-rundskrivets krav (egenkapital 5 % av tilbudssum) alltid legges til grunn, vil det ikke være mulig for mindre selskaper i sterk vekst å delta i Vegvesenets mellomstore oppdrag.

Andre merknader:

Endringer i virksomheten

Som det framgår av tilbudets vedlegg 13 så har virksomheten endret fokus de senere år. Blant annet har det kommet inn ny daglig leder, som også har kjøpt seg en betydelig andel av virksomheten (49 %). Daglig leder har selv arbeidet i Veidekke som anleggsleder/prosjektleder, og har lang erfaring som leder for store oppdrag. Etter hans inntreden har Anlegg øst AS fått gode skussmål fra lokale byggherrer, mht leveringsdyktighet, kvalitet og vilje og evne til å forbedre seg.

Videre har virksomheten gått over fra små oppdrag til å satse mer på større anleggsoppdrag. For å klare denne utviklingen er antallet ansatte økt og det er hentet inn anleggsledere og prosjektleder, med bred erfaring fra større norske entreprenørfirmaer.

Med utgangspunkt i utvidelsen av antallet nøkkelpersoner og disse personenes gode og brede erfaring fra andre firmaer, mener prosjektet at Anlegg øst AS pr i dag vil være i stand til å takle de utfordringer man står overfor i denne entreprisen.

Utvikling av entreprenørmarkedet

Vegvesenet har ansvar for å utvikle entreprenørmarkedet, herunder å bidra til at flere virksomheter kan konkurrere om våre oppdrag. Det vises her til gjeldende Byggherrestrategi for Statens vegvesen;

“Byggherrefunksjonen i Statens vegvesen skal ta ansvar for og legge til rette for at det utvikles et sunt og velfungerende marked. Mangfoldet og konkurransen i markedet skal søkes opprettholdt og konsentrasjonstendensene motvirkes ved å legge til rette for at også de små og mellomstore entreprenørene kan konkurrere om oppdrag.”

Prosjektet mener at dersom Anlegg øst AS får lov til å gjennomføre denne entreprisen og skjøtter sitt arbeid på en god måte, så har Region øst fått en ny mellomstor entreprenør inn i entreprenørmarkedet. Det kan være viktig for framtidas konkurransesituasjon.”

- (18) I brev av 25. mai 2007 ble tilbyderne meddelt at Anlegg Øst AS var tildelt kontrakten som følge av at selskapet hadde lavest tilbudssum. I brev av 29. mai 2007 ble tildelingen påklaget av klager. Klagen ble avslått i innklagedes brev av 5. juni 2007.
- (19) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 21. juni 2007. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 11. juni 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Det var i strid med forskriftens § 17-4, jf § 20-12 (1) bokstav a, samt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, ikke å avvise valgte leverandør når vedkommende ikke tilfredsstilte kvalifikasjonskrav F5 og F7. Innklagede kunne ikke ta hensyn til de subjektive, ikke-etterprøvbare eller dokumenterte opplysningene valgte leverandør ga om omsetningsutviklingen i selskapet i 2007. Opplysningene var heller ikke etterspurt.
- (21) Subsidiært anføres det at kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 og begrunnelsesplikten etter forskriftens § 20-16 ikke er overholdt, da innklagede ikke har opplyst på hvilket grunnlag valgte leverandør likevel er funnet kvalifisert. Reglene om begrunnelse omfatter forhold rundt kvalifikasjonsprosessen.
- (22) Dersom regelverket hadde blitt fulgt, skulle klager vært tildelt kontrakten som nest rimeligste tilbyder. Klagenemnda bes derfor om å uttale seg om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (23) I denne saken er klagenemndas kompetanse begrenset til å overprøve om innklagedes skjønn har vært saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende krav til forutberegnelighet og likebehandling, samt om vurderingen har vært basert på riktig faktum, jf nemndas sak 2006/39.
- (24) De matematiske formlene som er oppstilt i kvalifikasjonskrav F5 og F7 gir ikke alltid tilstrekkelig grunnlag for vurderingen av kvalifikasjonskravene. Formlene kan derfor kun benyttes som en veiledning ved den skjønnsmessige vurdering av om vilkårene er oppfylt. Det må tas hensyn til utviklingen i tilbyders omsetning og selve målsetningen med kvalifikasjonsvurderingen. *”0 poeng skal kun gis der en vurdering av kriteriet er så dårlig oppfylt, at tilbyder er uegnet til å gjennomføre oppdraget.”*
- (25) Etter den skjønnsmessige vurdering oppnådde Anlegg Øst AS 1 poeng under hvert av kvalifikasjonskravene F5 og F7, samt et gjennomsnitt på 2,3. Det er derfor ikke riktig at tilbyderen skulle vært avvist.
- (26) Under krav F5 innebar firmaets omsetning i 2006 på kr 66 millioner, sammenholdt med prosjektets årlige gjennomsnitt, at det skulle gis 1 poeng. Utviklingen i 2007 viser en ytterligere omsetningsøkning. Basert på at firmaet har hatt stor vekst ga de historiske tall ikke et tilstrekkelig bilde av firmaets evne og kapasitet i dag. Å holde seg strengt til den matematiske formel vil kunne ekskludere nye firma og mindre selskap i sterk vekst, hvilket vil være i strid med formålene bak lov og forskrift om offentlige anskaffelser.
- (27) Når det gjelder krav F7 gir oppstilte formel følgende resultat: $4,655/41,187 = 0,11$ altså 11 %. Ut fra poengskalaen gir dette 1 poeng.
- (28) Forholdet mellom egenkapital og tilbudssum er på 3,5 %. Selv om det er angitt at tilbyders egenkapital skal være minst 5 % av tilbudssummen, fremgår det videre at konsekvensen av at dette ikke er oppfylt kun er at tilbyder ”kan” avvises. Dette er fordi innklagede ikke ønsker å komme i en situasjon hvor det alltid må avvises med egenkapital under 5 %. En streng praktisering her vil medføre at mindre selskap i sterk vekst blir ekskludert. Basert på måten selskapet drives på, og de

regnskapsmessige resultater som foreligger anså ikke innklagede det som noen risiko å inngå kontrakt med tilbyder.

- (29) Ved skjønnsutøvelsen er det foretatt en totalvurdering ut fra retningslinjene i rundskrivet, blant annet at tilbyder kun skal avvises dersom vedkommende er uegnet til å gjennomføre oppdraget. Det er da lagt vekt på den positive utviklingen i leverandørens omsetning, dokumenterte opplysninger om vesentlige endringer i firmaets omsetning og egenkapital i forhold til siste revisorbekreftede regnskap, og at firmaet ble ansett i stand til å gjennomføre arbeidet og oppfylle kontraktsbetingelsene.
- (30) Bestemmelsen i forskriftens § 20-16 forplikter ikke oppdragsgiver til å gi en begrunnelse vedrørende kvalifikasjonskravene. Slik begrunnelse er likevel gitt i brevet til Maskinentreprenørenes Forbund av 12. juni 2007.
- (31) Idet valgte leverandør ikke skulle vært avvist, skulle klager ikke vært tildelt kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist

- (33) Av forskriftens § 17-4 (1) følger det at oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene for deres deltakelse i konkurransen, herunder til deres tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Dersom en leverandør ikke oppfyller et oppstilt kvalifikasjonskrav, følger det av forskriftens § 20-12 (1) bokstav a at leverandøren skal avvises.
- (34) I dette tilfellet oppstilte oppdragsgiver åtte kvalifikasjonskrav, angitt som krav F1 til F8 i konkurransegrunnlagets kapittel F og NA-rundskriv 05/5. Klager har anført at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravet til omsetning i krav F5 og kravene til soliditet og egenkapital i krav F7.
- (35) Under krav F7 i rundskrivet var det angitt følgende: "*For kvalifikasjonskategori B og C skal tilbyders egenkapital være minst 5 % av tilbudssummen.*" Etter klagenemndas oppfatning må dette forstås som et minstekrav til kvalifikasjoner. Dette innebærer at manglende oppfyllelse skal medføre avvisning etter forskriftens § 20-12 (1) bokstav a. Slik nemnda ser det, er det derfor irrelevant at oppdragsgiver i setningen etter angivelsen av kravet angir at manglende oppfyllelse kun "*kan*" medføre avvisning. Når det først er oppstilt et obligatorisk kvalifikasjonskrav, følger det direkte av forskriften at manglende oppfyllelse skal medføre avvisning.
- (36) Idet innklagede ut fra forelagt dokumentasjon selv kom til at valgte leverandørs egenkapital kun var på ca 3,5 % av tilbudssummen, eventuelt vel 4 % ved hensyntagen til økningen i egenkapital per 13. februar 2007, innebærer dette at kravet til egenkapital ikke er oppfylt, og at valgte leverandør på dette grunnlag skulle

vært avvist. Innklagedes manglende avvisning av leverandøren utgjør et brudd på forskriftens § 20-12 (1) bokstav a.

- (37) Basert på at klagenemnda er kommet til at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravet til egenkapital, finner nemnda ikke grunn til å vurdere om leverandøren også skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravene til omsetning og soliditet.

Erstatning for den positive kontraktsinteresse

- (38) For at det skal kunne kreves erstatning for den positive kontraktsinteresse, må det være begått en vesentlig feil, og det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått, jf Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus). I vurderingen av om en feil er vesentlig, må det blant annet legges vekt på feilens størrelse, type og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilen.
- (39) I dette tilfellet er feilen at innklagede unnlot å avvise valgte leverandør til tross for at et relativt klart obligatorisk kvalifikasjonskrav ikke var oppfylt. Dette må etter nemndas oppfatning anses som en vesentlig feil. Når det videre er klart at klagers pristilbud var det nest rimeligste og tildeling av kontrakt skulle skje utelukkende på basis av lavest pris, antar nemnda at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse for klager kan være oppfylt.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region øst har brutt forskriftens § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse for klager kan være oppfylt.

For klagenemnda,
17. september 2007

Andreas Wahl